

〔判例考察〕

## 「君が代」斉唱と憲法 19 条 — 最高裁判決平成 23 年 5 月 30 日第二小法廷判決 —

横手 逸男<sup>a</sup>

<sup>a</sup> 湘北短期大学保育学科

### 【抄録】

平成 11 年には、「国旗及び国歌に関する法律」が制定された。東京都教育委員会は平成 15 年に「入学式、卒業式等における国歌斉唱の実施について（通達）」を都立学校の各校長宛に発したが、近年、これに関連する訴訟が数多く提起されている。本稿では、平成 23 年 5 月 30 日の最高裁判所判決を検討して、「君が代斉唱」と憲法 19 条の思想・良心の自由に関する問題を考察してみたい。

### 【キーワード】

国旗掲揚　国歌斉唱　教師の思想・良心の自由

### 1 はじめに

高等学校学習指導要領（平成 11 年文部省告示第 58 号）では、「学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清新な気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行う」ために、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」と定めていた。

東京都教育委員会は、平成 15 年 10 月 23 日付で、都立高等学校等の各校長宛てに、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について（通達）」を発し、「学習指導要領に基づき、入学式、卒業式等を適正に実施すること」、「入学式、卒業式等の実施に当たっては、式典会場の舞

台壇上正面に国旗を掲揚」し、「教職員は式典会場の指定された席で国旗に向かって起立し国歌を斉唱」し、「教職員が本件通達に基づく校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われること」を示したが、特に本通達以降、これに従わず、都教委により懲戒処分を受けた教員らにより、当該処分を不服とする訴えが多く提起され、平成 23 年～平成 24 年にかけては最高裁判決が相次いで出されいづれの判決においても（第一審）原告側が敗訴している<sup>(1)</sup>。

これらの判決では、「校長が教諭に対し、卒業式における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命じた職務命令は、憲法 19 条に違反しない」としている点においては一致しているが、「校長の職務命令に従わなかったことを理由とする減給処分が、裁量権の範囲を超えるものとして違法である」とされた事例<sup>(2)</sup>や「停職処分が、裁量権の範囲を超えるものとして違法で

---

<連絡先>

横手 逸男 i-yokote@ae.auone-net.jp

あるとされた」事例<sup>(3)</sup>もあり、また裁判官の補足意見や反対意見のなかにも注目すべきものも見られる。

本稿では、これらの判決中、特に平成23年5月30日の最高裁第二小法廷判決と、その下級審判決を概観し、国旗国歌法をめぐる憲法上の諸問題に関する今後の研究の一助としたい。

## 2 事実の概要<sup>(4)</sup>

本件の事実の概要は次のとおりである。

都立高校の教諭であった原告Xは、卒業式の国歌斉唱の際に起立・斉唱せず、その後、定年退職に先立ち申し込んだ非常勤の嘱託員及び常時勤務を要する職又は短時間勤務の職の採用選考において、東京都教育委員会から、これらの行為による職務命令違反等を理由に不合格とされたため、前期職務命令は憲法19条に違反し、不合格としたことは違法であるなどと主張して、東京都を被告として、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償等を求めた。

Xが本件訴えを提起するに至った経緯は、次のとおりである。

「学校教育法」43条<sup>(5)</sup>及び「学校教育法施行規則」57条の2<sup>(6)</sup>の規定に基づく「高等学校学習指導要領」<sup>(7)</sup>第4章第2C(1)は、「特別活動」の「学校行事」のうち「儀式的行事」の内容について、「学校生活に有意義な変化や折り目を付け、厳粛で清らかな気分を味わい、新しい生活の展開への動機付けとなるような活動を行うこと」を掲げ、第3の3は、「特別活動」の「指導計画の作成と内容の取扱い」において、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導するものとする」と定めている。

都教委の教育長は、平成15年10月23日付で、

都立高等学校等の各校長宛てに、「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について(通達)」を発し、「学習指導要領に基づき、入学式、卒業式等を適正に実施すること」、「入学式、卒業式等の実施に当たっては、式典会場の舞台壇上正面に国旗を掲揚し、「教職員は式典会場の指定された席で国旗に向かって起立し国歌を斉唱」し、「教職員が本件通達に基づく校長の職務命令に従わない場合は、服務上の責任を問われること」を示した。

Xは、平成16年3月1日、勤務校の校長から、本件通達を踏まえ、同月5日に行われる卒業式における国歌斉唱の際に起立斉唱行為を命ずる旨の職務命令を受けたが、「日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮、中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心がゆるさない」等を理由として、これに従わず、卒業式の国歌斉唱の際に起立しなかったため、都教委により職務命令違反を理由とする戒告処分を受けた。

その後、Xは、平成19年3月31日付で定年退職を向えた。都教委は、定年退職等により一旦退職した教職員について、特別職に属する非常勤の嘱託員<sup>(8)</sup>として新たに任用する制度や、常時勤務を要する職<sup>(9)</sup>又は短時間勤務の職<sup>(10)</sup>として再任用する制度を設けている。Xは、定年退職するに先立ち、再任用の採用申込みをしたが、都教委は、Xの職務命令違反を理由として不合格としたため、このような都教委の措置は、定年退職者の生活を支えるという「本件再雇用、本件再任用制度の目的を無視して、不起立者を排除するという不法な動機から報復的に行われたものであるから、裁量権の逸脱、濫用」があり、本件職務命令そのものが「思想及び良心の自由」(憲法19条)を侵害する違憲、違法なものであるとして、訴を提起した。

### 3 下級審判決の概要

本件訴訟の第1審判決と控訴審判決の概要は次のとおりである。

#### 〔第1審 東京地裁 21. 1. 19 判決〕

本件訴訟では、(1)「本件不合格の処分性」の有無、(2) 都教委による「裁量権の逸脱、濫用」の有無、(3) 本件不合格による原告の「損害額」が争点となった。

判決は、(1) については、原告の訴えを却下したが、(2) については、「再雇用、再任用の採用選考において、原告が職務命令に違反したことを理由に不合格としたのは、東京都教育委員会が、その裁量権を逸脱、濫用したものである」として原告の主張を認め、(3) については、「期待権侵害による損害」として逸失利益と弁護士費用のみを認め、慰謝料請求は認めなかった。(1)・(2) の各争点についての当事者の主張、裁判所の判旨は次のとおりである。

#### (1) 「本件不合格の処分性」の有無について

〈当事者の主張〉 原告Xは、本件不合格は、再雇用、再任用拒否処分に他ならず、抗告訴訟で争うことのできる行政庁の処分に当たるとし、東京都再雇用職員又は東京都再任用職員として採用せよとの義務付けを求めた。

これに対し、被告Yは、原告に通知したのは、採用選考における不合格の結果であり、本件再雇用や本件再任用の拒否といった処分は存在しないから、その取消や無効確認を求める訴えは不適法であり、適法な取消訴訟等との併合提起という要件を満たさない義務付けの訴えも不適法であると主張した。

〈判 旨〉 Yは、採用選考申込みがあれば合格させて採用する法的義務を負うわけではなく、採用選考申込者Xに職員としての採用を求める法的権利が与えられていると解することはできない。

そうすると、不合格とされ、採用されなかったこと自体からは、Xの権利又は法律上の地位には変動が生じないという他ないから、本件不合格に処分性を認めることはできず、その取消や無効確認を求めるXの訴えは不適法である。

#### (2) 裁量権の逸脱、濫用の有無について

〈当事者の主張〉 原告Xは、本件不合格は、職務命令違反を理由とするところ、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮、中国人の生徒に対し、日の丸や君が代を卒業式に組み入れて強制することは、教師としてのX自身の良心が許さない。したがって、本件職務命令は、X自身の「思想及び良心の自由」を侵害する違憲、違法なものであり、本件職務命令違反を理由とする不合格は裁量権の逸脱、濫用に当たる。仮に、本件職務命令が適法であるとしても、本件不起立は、卒業式の進行を阻害するような態様ではなく、本件不起立のみを理由に、勤務成績が良好でないと判断したことは、客観的合理性、社会的相当性を著しく欠く。本件制度においては、「原則として希望者は全員採用される運用が想定され、現にそう運用されてきた。ところが本件通達発令後、突如として不起立者を一律に再雇用、再任用の対象としない方針を採ったのは、不起立者を排除するという不法な動機で運用されていること」を裏付けていると主張した。

これに対し被告Yは、本件再雇用、本件再任用制度の下での採用に当たっては、都教委に「広範な裁量権」が認められる。卒業式における「起立斉唱の職務命令に従わないことは、教育、指導を責務とする教育公務員としては、職の信用を傷つけ、職全体の不名誉となる重大な非違行為に当たる」のであり、職務命令違反を犯したXに対し、「勤務成績が良好であるとの要件を備えていないと判断したことに裁量権の逸脱、濫用はない」。本件職務命令は、Xに対し、「特定の思想を持つことを強制又は禁止したり、特定の思想の有無を告白す

ることを強制するものではなく、Xの思想及び良心の自由を侵害するものではないと応じた。

〈判 旨〉 第一審は、次の①～⑤の諸点（筆者、論点整理）につき検討・判断し、「本件不合格は、客観的合理性及び社会的相当性を著しく欠き、裁量権の逸脱、濫用がある」と判示した。

①期待権の侵害 本件再雇用、本件再任用制度の目的の一つは、「定年退職者等の生活保障」にあり、「形式的には退職後の新たな採用ではあるが、事実上は、退職前後の地位に継続性があるものとして機能してきたと認められること等の事情に照らすと、希望すれば、定年後も本件再雇用、本件再任用職員として採用されるとの採用選考申込者の期待には合理性があり、一定の法的保護に値する」。それゆえ、「都教委の裁量権もこの見地から制限」を受け、不合格の理由が「客観的合理性や社会的相当性を著しく欠く場合には、裁量権を逸脱、濫用」し、「採用選考申込者の期待権を侵害」し「期待権侵害による損害賠償の責任」を負う。

②職務命令の違法性 原告Xの歴史観ないし世界観は、「憲法19条によって保障されているとしても、このような考えを持つことと、学校の儀式的行事の国歌斉唱の際に不起立に及ぶ行為とは、不可分に結びつくといえない。原告は、卒業式は生徒と教師が作り上げるべきであり、他者から一律に強制されるべきではないとも主張するが、一般的には、このような原告の内心の信念と、原告の行動とが不可分に結びつくといえない」。

全国の公立高等学校では、卒業式等において「国旗掲揚及び国歌斉唱が従来から広く実施され」ており、「起立斉唱する行為は、出席する教職員らに通常想定される行為であり、特定の思想を有することを外部に表明する行為」や「特定の思想の有無について告白を強要し」、「生徒らに対して一方的な思想や理念を教え込むことを強制する」ものともいえない。

原告Xは、「全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、法令等に従い、上司の職務上の命令に従わなければならない」。「本件職務命令は、国旗や国歌に対する正しい認識を持たせ、尊重する態度を育てるという学習指導要領の目的にかなうもの」である。故に、「目的、内容において不合理である」とは言えず、原告の思想及び良心の自由（憲法19条）を侵害する」ものではない。

③本件通達の趣旨 本件通達前は、国歌斉唱時に起立を命じる職務命令が出されることはなく、不起立は懲戒処分の対象とはされなかったが、本件通達後、起立斉唱を命じる職務命令が出されるようになってから、不起立が職務命令違反となり、この職務命令違反歴がある者は一律に不採用とされるようになった。しかし、本件通達は、「学習指導要領が要請する国旗国歌の指導という目的」を充実させるために出されたものであり、「この目的に反するという意味では、不起立に対する評価は、本件通達発出の前後で質的には変わりはない」のであり、「このような判断は、定年退職者の生活保障や長年培った知識や技能の活用による学校教育の充実という本件再雇用、本件再任用制度の趣旨に照らし、合理性を有する」ものである。

④戒告処分の合理性 本件通達後は、不起立が職務命令違反とされるようになったが、1回目の不起立は基本的に懲戒処分の中で最も軽い戒告処分相当」とされており、「起立斉唱を命じる職務命令は、教育課程の実施に関する他の職務命令に比べて重要な特別の意味合いを持つ」とは考えられてはいないのであり、被告も、そのように主張している。「非違行為の程度として戒告処分相当」とされたことにも合理性はある。

⑤客観的合理性の有無 「本件不起立の態様」は、他の教職員・生徒らに不起立を促すようなものではなく、式典の進行が阻害されたりした形跡



はない。原告は、本件戒告処分に対して不服を申し立てることなく、再発防止研修を受講し、その後、定年退職するまでの3年間、教育現場を混乱させたくないとの思いから、校長の職務命令に従い、毎年、起立斉唱を行ってきたのであり、再び同種の非違行為に及ぶ可能性はかなり低いものである。また、原告は、本件戒告処分以外に懲戒処分を受けたことはなく、選考要件のうち、他の二要件、すなわち「職務の遂行に必要な知識及び技能を有していること」及び「健康で、かつ、意欲をもって職務を遂行すると認められること」を満たすことについては被告も争わず、所属校の校長は原告の勤務態度を評価して推薦書を作成している。

以上のような被告の従前の評価に照らすと、本件再雇用、本件再任用職員の採用選考の場面に於いて、不起立という職務命令違反を余りに強調することには疑問がある。

よって本件不合格は、「客観的合理性及び社会的相当性」を著しく欠き、「裁量権の逸脱、濫用がある」といえる。

#### [控訴審 東京高裁 21. 10. 15 判決]

第1審判決は、職務命令は憲法19条に違反しないとしながらも、再雇用の採用選考において、本件職務命令に違反したことを理由に不合格としたのは、「客観的な合理性及び社会的相当性を著しく欠き、裁量権の逸脱、濫用がある」と判示した。

これに対し、原告と被告はそれぞれ、原判決を不服として控訴した。

控訴審判決は、(1)本件不合格の行政処分性、(2)都教委の裁量権の逸脱濫用の有無、(3)職務命令の違憲違法性、(4)本件不起立の態様等の各争点についてそれぞれ判断し、第1審原告の控訴を棄却した。(1)～(4)の各争点についての判示の概要は次のとおりである。

#### (1) 本件不合格の処分性の有無

第1審原告(筆者注:以下、原告と表記)は、本件不合格が「行政処分性を有する」旨主張するが、行政事件訴訟法3条2項にいう「行政庁の処分」とは、「国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する行為」をいう。本件再雇用制度・再任用制度は、定年等により退職した一般職の公務員を新たに採用するものであり、原告の主張するように採用選考の申込者を必ず合格させ採用しなければならないわけでもなく、「採用選考の申込者に職員としての採用を求める権利があるわけでもない」、ゆえに都教委が申込者を不合格として採用しなかったとしても、その申込者の「権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」ものではない。よって、本件不合格に行政処分性を認めることはできない。

原告は、本件再雇用制度の創設により、当事者間には、「第1審原告が希望しかつ勤務成績が良好である等の要件を充足すれば、定年後も雇用され」との法律上の黙示の合意」がなされたものであると言うが、そのような主張を認めることはできない。

原告は、「義務付けの訴え」について、行政事件訴訟法3条6項2号は「法令に基づく申請」がされた場合と規定するが、「この規定は条理に基づく申請の場合にも類推適用すべきである」旨主張する。しかし、行政事件訴訟法3条6項2号の義務付けの訴えは「法令に基づく申請」がされた場合に限られる。

#### (2) 都教委による裁量権の逸脱、濫用の有無

原告は、本件不合格は、本件再雇用制度・再任用制度の目的を無視し、「不起立者を排除するという不法な動機」から行われたものであり、「裁量権の逸脱、濫用がある」旨主張する。しかし、本件制度は、定年等により退職した一般職の公務員を、新たに選考した上で、「特別職の非常勤職員(本件

再雇用職員)又は1年以内の任期付き職員(本件再任用職員)」として採用するのであり、都教委において採用選考の申込者を必ず合格させ、必ず採用しなければならないわけでもなく、面接、推薦書及び申込者を総合的に判断して採否を判定するものであって、都教委の合否及び採否の判定には広範な裁量権がある。したがって、都教委においてこの裁量権の逸脱、濫用がない限り、違法の問題は生じない。

しかるに、原告は、校長の職務命令に違反し、平成16年3月5日の卒業式の国歌斉唱の際に起立せず都教委から戒告処分を受けたものであり、本件戒告処分から未だ3年も経過していない本件の採用選考において都教委が原告を不合格としたことは、著しく客観的合理性及び社会的相当性を欠くものではなく、裁量権を逸脱、濫用したものとは言えない。

### (3) 職務命令の違憲違法性

本件職務命令の違憲違法性については、「日の丸と君が代が過去の我が国において有した役割に関する(第1審)原告の歴史観ないし世界観及びこれに由来する心情と信念が憲法19条によって保障されるものであるとしても、そのような心情と信念を持つことと学校の儀式的行事である卒業式において国家斉唱の際に不起立に及ぶ行為とは必ずしも不可分に結びつくものとはいえないから、本件職務命令が第1審原告の思想及び良心の自由を侵害するものとはいえない」と判示し、その違憲違法性を否定した。

### (4) 本件不起立の態様

原告は、「仮に本件職務命令が適法であるとしても本件不起立は阻害」するような態様のものではなく、「処分は懲戒処分のなかでも最も軽い戒告処分」であり、「本件戒告処分以外に懲戒処分を受けていない」こと、「本件戒告処分後に研修を受講」し、職務命令に従い起立し続けたこと、「教育

技能に優れ、教育熱心であったこと」からしても、「本件不起立のみを理由に勤務成績が良好でないと判断したことは、客観的合理性及び社会的相当性を著しく欠く」旨主張した。これに対し、控訴審は、「平成15年10月に本件通達が出され…不起立が職務命令違反となるに至った後は、この職務命令に違反して懲戒処分を受けた者で本件再雇用職員又は本件再任用職員の採用選考に合格した者はいないこと」、「個々の教諭が自己の心情や信念のみに従って行動していたのでは、学校教育(特に学校全体で行う儀式的行事)は成り立たず、これがひいて生徒の教育を受ける権利にも影響を及ぼし、公共の利益にも反すること」、「第1審原告が本件職務命令に違反したことを年に数回程度の卒業式や入学式等における非違行為として軽視することは相当でなく、むしろ、生徒のほかに父兄や来賓も参加・参列した厳粛な雰囲気の中で行われるべき卒業式における不起立として影響力の大きい重い非違行為というべきである」として、その主張を退けた。

## 4 最高裁第二小法廷 23. 5. 30 判決

最高裁判所は、本件職務命令は、憲法19条に違反し上告人の思想及び良心の自由を侵すものであるとする上告人の主張を棄却した。

本判決の論点を付記して整理すると概ね以下の通りである。

### [理 由]

#### (1) 上告人の信念

上告人は、卒業式における国歌斉唱に際し、「起立斉唱行為を拒否する理由」として、日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮人、在日中国人の生徒らに対し、「日の丸」や「君が代」を強制することは、「教師としての良心」が許さない旨、主張する。このような考えは、「日の丸」・「君が代」が「戦前の

軍国主義等との関係で一定の役割を果たしたとする上告人自身の歴史観ないし世界観から生じる社会生活上ないし教育上の信念」ともいえる。

## (2) 本件職務命令の性質

本件職務命令当時、公立高等学校の卒業式等の式典において、国旗として「日の丸」が掲揚され、国歌として「君が代」が斉唱されていたことは周知の事実であり、「学校の儀式的行事である卒業式等の式典における国歌斉唱の際の起立行為は、一般的、客観的に見て、これらの式典における慣例上の所作としての性質を有する」のであり、「その性質の点から見て、上告人の有する歴史観ないし世界観を否定することと不可分に結び付く」とはいえず、「起立斉唱行為を求める本件職務命令は、上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するもの」ではない。

## (3) 間接的制約の許容性

「日の丸」や「君が代」に敬意を表明したくない者が、「敬意の表明の要素を含む行為を求められることは…個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることになり、その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる」面がある。そこで、このような間接的制約について検討すると、個人の歴史観や世界観には多種多様なものがあり、それが内心にとどまらず、外部的行動として現れ、当該外部的行動が社会一般の規範等と抵触する場合、制限を受けることもある。しかるに、「その制限が必要かつ合理的なものである場合には、その制限を介して生ずる上記の間接的な制約も許容され得る」というべきである。

## (4) 本件職務命令の趣旨

学校教育法は、高等学校教育の目標に「国家の現状と伝統についての正しい理解と国際協調の精神の涵養」を掲げ、これを踏まえ高等学校学習指

導要領では、「学校の儀式的行事の意義を踏まえて国旗国歌条項を定めて」いる。また、国旗・国歌法（国旗及び国歌に関する法律）は、国旗を日章旗とし、国歌を「君が代」とする。また、地方公務員の職務の公共性に鑑み、公立高校の教諭である上告人は、法令等及び職務上の命令に従わなければならない立場にある。このような観点より、本件職務命令は、公立高校の教諭である上告人に対し「当該学校の卒業式という式典における慣例上の儀礼的な所作として国歌斉唱の際の起立斉唱行為を求めることを内容とするものであって、高等学校教育の目標や卒業式等の儀礼的行事の意義、在り方等を定めた関係法令等の諸規定の趣旨に沿い、かつ、地方公務員の地位の性質及びその職務の公共性を踏まえた上で、生徒等への配慮を含め、教育上の行事にふさわしい秩序の確保とともに当該式典の円滑な進行を図るもの」といえる。

## (5) 違法性・違憲性

以上の諸事情を踏まえると、本件職務命令は、「間接的な制約」となる面はあるものの、「職務命令の目的及び内容並びに上記の制限を介して生ずる制約の態様」等を総合的に較量すれば、「上記の制約を許容し得る程度の必要性及び合理性」があり、「上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に違反するとはいえないと解するのが相当である。」

### [補足意見]

本件については、3名の裁判官より次のような補足意見が示された。

#### 竹内行夫裁判官の補足意見

竹内裁判官は、法廷意見を補足して、次の2点を指摘した。

①国際社会では、「他国の国旗、国歌に対する敬意の表明は」常識であり、「他の国の国旗、国歌に対して敬意をもって接するという国際常識を身に付けるためにも、まず自分の国の国旗、国歌に対す

る敬意が必要」であり、学校教育においてこのような配慮がなされることは当然である。

②上告人は教員であり、学校行事を含めて生徒を指導する義務を負う立場にある。学校行事において、「教員が起立斉唱行為を拒否する行動をとることは、国旗国歌に対する敬礼や指導し、生徒の模範となるべき教員としての職務に抵触する」ものといわざるを得ない。

#### 須藤正彦裁判官の補足意見

須藤裁判官は、憲法における「間接的制約や信条の制約の場面でも、憲法19条の保障の趣旨は及ぶ」との「基本的視点」より、「本件職務命令が憲法に違反するか否かは、これらの間接的制約等を許容し得る程度の必要性及び合理性」の有無にあり、「起立斉唱という方法」に代わる方法が見いだし難いことや、本件職務命令の対象たる「起立斉唱の形式、内容、進行方法、所用時間、頻度」等をも、本件職務命令は、「必要性及び合理性」を欠くとは言えないとする。

また、上告人が、「日の丸」「君が代」についての自己の歴史観や信条を有するのは「絶対に自由であるが、「自己が絶対視した価値観を一方的に教育の場に持ち込むこと」は、憲法15条2項、地方公務員法30条、教育基本法6条2項にも反する」とも述べる。

しかし、一方、「本件職務命令のような不利益処分を伴う強制が、教育現場を疑心暗鬼とさせ、無用な混乱を生じさせ、教育現場の活力を殺ぎ萎縮させるというようなことであれば、かえって教育の生命が失われる」ことにもなりかねず、その意味で、「強制や不利益処分も可能な限り謙抑的であるべき」であり、そのためにも、「教育行政担当者において、寛容の精神の下に可能な限りの工夫と慎重な配慮」が望まれると付言する。

#### 千葉勝美裁判官の補足意見

千葉裁判官は、職務命令で起立斉唱を命じるこ

とが許されるか、その「必要性、合理性の程度等の判断に際しては、制限される外部的行動の内容及び性質並びに当該制限的行為の態様等の諸事情を勘案した上で、核となる思想信条等についての間接的な制約となる面がどの程度あるのか、制限的行為の目的・内容、それにより得られる利益がどのようなものか等を、比較考量等の観点から検討」すべきであり、「当該外部的行動が核心部分に近くなり関連性が強くなるほど間接的な制約の程度も強くなる」。その例として、先例であるピアノ伴奏拒否事件の「ピアノ伴奏拒否という外部的行動と本件起立斉唱行為の拒否という外部的行動を比べると、各人の内心における信念としては、いずれも各人の歴史観等と不可分一体のものと考えているものと思われ、そのこと自体は、十分に尊重に値するが、核となる思想信条等としての歴史観等との憲法論的な観点からの客観的、一般的な関連性については、本件起立斉唱行為の拒否の方が…「日の丸」・「君が代」に対する敬意の表明という要素が含まれている行為を拒否するという意味合いを有することなどからみて、関連性がより強くなる」と述べる。

また、同裁判官は、「司法が職務命令を合憲・有効として決着させることが、必ずしもこの問題を社会的にも最終的な解決へ導くことになるとはいえないのであり、「この問題についての最終的解決としては、国旗及び国歌が、強制的にではなく、自発的な敬愛の対象となるような環境を整えることが何よりも重要である」ことも併せ指摘している。

#### [本件職務命令の必要性・合理性]

最高裁の多数意見は「本件職務命令は、特定の思想を持つことを強制したり、これに反する思想を持つことを禁止したりするものではなく、特定の思想の有無について告白することを強要するものということもできない。そうすると、本件職務



命令は、これらの観点において、個人の思想及び良心の自由を直ちに制約するものと認めることはできない」としつつも、「日の丸」や「君が代」に対して敬意を表明したくないものが、「敬意の表明の要素を含む行為を求められること」は「その限りにおいて、その者の思想及び良心の自由についての間接的な制約となる面がある」と判示し、さらに地方公務員の職務の公共性、学校教育法・高等学校学習指導要領の趣旨等を踏まえたうえで、本件職務命令については「間接的な制約となる面はあるものの、職務命令の目的及び内容並びに…制約の態様等を総合的に衡量すれば…制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められる」と述べ、本件不合格は違憲・違法ではないと判示した。

この点に関し補足意見では次のような主張がなされている。

竹内裁判官は、国際社会では、「他国の国旗、国歌に対する敬意の表明は」常識であり、「教員が起立斉唱行為を拒否する行動をとることは、国旗国歌に対する敬礼や指導し、生徒の模範となるべき教員としての職務に抵触する」と主張する。

須藤裁判官は、多数意見と同じく、本件職務命令は、その趣旨、目的自体において、十分に必要性や合理性が認められるというべきであるとしつつも、「本件職務命令のような不利益処分を伴う強制が、教育現場を疑心暗鬼とさせ、無用な混乱を生じさせ、教育現場の活力を殺ぎ萎縮させるといようなことであれば、かえって教育の生命が失われる」ことにもなりかねず、そのためには、「教育行政担当者において、寛容の精神の下に可能な限りの工夫と慎重な配慮をすることが望まれる」と述べる。

千葉裁判官は、「職務命令として起立斉唱行為を命ずることが違憲・無効とはいえない以上、これに従わない教員が懲戒処分を受けるのは、それ

が過大なものであったり、手続的な瑕疵があった場合等でない限り、正当・適法」である。しかし起立斉唱行為の拒否は自己の歴史観等に由来する行為であり、「司法が職務命令を合憲・有効として決着させることが、必ずしもこの問題を社会的にも最終的な解決へ導くことになるとはいえない」。

国旗及び国歌に対する姿勢は、個々人の思想信条に関連する微妙な領域の問題であって、国民が心から敬愛するものであってこそ、国旗及び国歌がその本来の意義に沿うものとなるのである。そうすると、この問題についての最終的解決としては、国旗及び国歌が、強制的にではなく、自発的な敬愛の対象となるような環境を整えることが何よりも重要である」ことを付言する。

## 5 おわりに

原告は、本件不合格は、本件再雇用、本件再任用拒否処分に他ならず、行政事件訴訟法に定める抗告訴訟で争うことのできる「行政庁の処分」に当たるとし、東京都再雇用職員又は東京都再任用職員として採用せよとの義務付けを求めたが、これに対しては、第1審判決・控訴審判決何れも、これを退けた。

本件では、特に「憲法19条に本件職務命令は反するか」という点が争点となった。

本件職務命令の違法性に関しては、第1審判決、控訴審判決何れも、本件職務命令は違憲・違法ではないと判示しつつも、再任用・再雇用の採用選考において第1審原告を不合格としたことについて、「裁量権の逸脱・濫用」があったかどうかで、第1審判決は、「本件通達の諸般の状況に鑑みて客観的合理性及び社会的相当性を欠き、裁量権の逸脱・濫用がある」と判示し、これに対し、控訴審判決は、「本件戒告処分から未だ3年も経過していない本件の採用選考において都教育委員会が第1審

原告を不合格としたこと」は、著しく「客観的合理性及び社会的相当性を欠く」ものではなく、「裁量権を逸脱、濫用」していないと判断した。

一方、最高裁判所は、本件職務命令は、「間接的な制約」となる面はあるものの、その「目的及び内容」・「制約の態様等を総合的に衡量」すれば、「制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められる」と述べ、本件不合格は違憲・違法ではないと判示した。

本件職務命令は、(第1審)原告の歴史観ないし世界観及びこれに由来する心情と信念をそれ自体否定するものではなく、「間接的な制約」に該当するという点では本件最高裁の多数意見に同意する。しかし、その「制約を許容するほどの必要性及び合理性」の有無を判断するに際しては、本件職務命令の「目的、形式、内容」、不起立不斉唱の状況等、「制約の態様等を総合的に衡量」する必要がある。

教育現場においては、多くの教職員が疲労やストレスを抱えているとも言われている<sup>(11)</sup>。それゆえ、公教育の現場が相対立する「天皇観の相剋」<sup>(12)</sup>の戦場となってはならず、「教育現場を疑心暗鬼とさせ、無用な混乱を生じさせ、教育現場の活力を殺ぎ萎縮」させることのないよう「教育行政担当者において、寛容の精神の下に可能な限りの工夫と慎重な配慮」が必要<sup>(13)</sup>なことは言うまでもない。

## 注

- (1) 平成23年～平成24年に出された最高裁判決の月日(係属法廷)は以下のとおり。  
平成23年5月30日(二小法廷)、同年6月6日(一小法廷)、同年6月14日(三小法廷)、同年6月21日(三小法廷)、平成24年1月16日(一小法廷)、同年2月9日(一小法廷)  
なお、現時点における訴訟の進行状況等については『日の丸・君が代』不当処分撤回を求める被処分者の会」のホームページ(<http://www7a.biglobe.ne.jp>)に掲載されている、「[資料]10.23通達に基づく過去の処分一覧」,「10・23通達関連の各裁判の進行状況」参照。
- (2) 平成24年1月16日第一小法廷判決
- (3) 同上
- (4) 詳細は、最高裁判所民事判例集第65巻4号1780頁以下参照。
- (5) 平成19年法律第96号による改正前のもの
- (6) 平成19年文部科学省令第40号による改正前のもの
- (7) 平成11年文部省告示第58号、平成21年文部科学省告示第38号による特例の適用前のもの
- (8) 地方公務員法3条3項3号
- (9) 同 法28条の4
- (10) 同 法28条の5
- (11) 平成27年(2015年)1月12日付、日本教育新聞の「副校長・教頭9割が心身疲れ」記事参照。
- (12) 本件において(第1審)原告は、卒業式における国家斉唱の際に起立せず、斉唱しなかった理由の一つとして「日本の侵略戦争の歴史を学ぶ在日朝鮮、中国人の生徒に対し、『日の丸』や『君が代』を卒業式に組み入れて強制することは、教師としての良心がゆるさない」旨、無主張している。その根底には、日本国憲法第1条に定める象徴天皇制度は、「国民主権」の原理とは相容れないものであるとする世界観・歴史観があるものと思われる。
- 近代日本の形成過程におけるさまざまな天皇観の対立については、武田清子『天皇観の相剋』(岩波書店 2001年)参照。
- (13) 本件における須藤裁判官の補足意見

## Case Study

### – National anthem debate concerning the Supreme Courts Decision, on May 30, 2011

Itsuo YOKOTE

#### **[abstract]**

The Act on National Flag and National Anthem was enacted in 1999. The Chair of the Tokyo Metropolitan Board of Education, as of October 23, issued a circular notice to the principals of Tokyo Metropolitan high schools, etc. entitled “Circular Notice on the Implementation of the Hoisting of the National Flag and the Singing of the National Anthem in the Enrollment Ceremony, Graduation Ceremony, etc.

In this paper especially studies on May 30, 2011, the Supreme Court decision.

#### **[key words]**

Hoisting the flag, Singing the anthem, The teacher’s freedom of thought and conscience